

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO EN LA OBRA DE RODOLFO CRUZ MIRAMONTES*

Miguel RÁBAGO DORBECKER**

SUMARIO: I. *Diferencias y similitudes entre el arbitraje público y el privado bajo la lente de la obra de Rodolfo Cruz Miramontes.* II. *Formas y subjetividad para acceder al arbitraje.* III. *Temas de delimitación.* IV. *Otras lecciones desde el arbitraje en materia de inversiones.*

I. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL ARBITRAJE PÚBLICO Y EL PRIVADO BAJO LA LENTE DE LA OBRA DE RODOLFO CRUZ MIRAMONTES

La obra del doctor Cruz Miramontes ha sido fundamental en el desarrollo del derecho del comercio internacional en México. La misma ha sido un referente, y el propio autor, un promotor de una verdadera doctrina mexicana del derecho del comercio internacional, sobre todo respecto al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN). La promulgación y las negociaciones de dicho tratado detonaron el desarrollo de los estudios del derecho del comercio internacional, pero esta nue-

* Ponencia presentada en el Seminario de Otoño de Derecho Internacional dedicado a la obra y trayectoria del doctor Rodolfo Cruz Miramontes. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 24 de octubre del 2006. Quisiera agradecer los comentarios del doctor Francisco González de Cossío y la doctora Sonia Rodríguez Jiménez durante el Seminario, mismos que han tratado de ser respondidos en este trabajo. Parte de la investigación de este artículo fue producto del acceso a la Biblioteca Tarlton de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas en Austin gracias a la beca C. B. Smith del IILAS-Mexican Center.

** Académico de tiempo completo en la Universidad Iberoamericana.

va situación contrastaba con un tradicional desapego de la doctrina jurídica mexicana por el tema, con sus notables excepciones, como José Luis Siqueiros, Héctor Cuadra, Fernando Serrano Migallón, Ruperto Patiño, Rafael Pérez Miranda, Arturo Oropeza, Loretta Ortiz Ahlf, Fernando Alejandro Vázquez Pando, Luis Miguel Díaz y Jorge Witker.

La labor de Rodolfo Cruz Miramontes no se limita a lo académico, sino que simboliza una verdadera simbiosis entre la teoría y la praxis, una combinación poco frecuente en el ámbito jurídico mexicano, plagado de académicos “puros”, que no han tenido experiencia práctica o de abogados que desdeñan los planteamientos teóricos como utópicos e inaplicables. En la práctica jurídica se ha desempeñado como un abogado especializado en materia de prácticas desleales a través de su Bufete Jurídico Cruz y Asociados, S. C. Además, dentro de su vertiente práctica participó con avidez como negociador del TLCAN al representar uno de los sectores menos considerados (incomprensiblemente) por los operadores jurídicos en nuestro país: la empresa mexicana y no las empresas transnacionales mexicanas. Durante tales negociaciones mostró un talante de nacionalismo constructivo, privado de los tradicionales elementos de xenofobia y provincialismo tan arraigados en el discurso político mexicano. Dicha labor también se ha extendido a otras negociaciones.¹

Este nacionalismo constructivo se ve reflejado también en su promoción de la denominada cultura arbitral, que de manera lenta y todavía inconclusa se va arraigando en nuestro país. Justo es resaltar su actitud generosa y abierta en un ambiente que más bien ha sido marcado por el mercantilismo y el hermetismo. Pero quizá es su defensa de las instituciones jurídicas mexicanas, frente a un imperialismo jurídico cada vez más en boga, su característica más valiosa.

Respecto al TLCAN, don Rodolfo ha comentado ávidamente no solamente el sistema de resolución de controversias, sino algunos temas, como el agropecuario y las cartas paralelas, que han causado no pocos problemas.² En general, sus comentarios se pueden sintetizar como el único

¹ Cruz Miramontes, Rodolfo, *Las relaciones comerciales multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UIA, 2003; y el Anexo I relativo a la posición del sector privado ante el TLC en *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, Porrúa, 2002, pp. 89-96.

² *El TLC, ibid.*; con Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Porrúa-UNAM, 2004;

pensamiento crítico, dentro de unas negociaciones caracterizadas por una ausencia de discusión de las diferentes agrupaciones políticas, académicas y de la opinión pública.³ En lo referente al abandono de la Cláusula Calvo, Cruz Miramontes se pronunció contundentemente a favor de una reconsideración y una asimilación del nuevo escenario. De hecho, este tipo de discusiones han parado en el Senado brasileño la ratificación de diversos acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones. En el caso de Brasil, si bien es muy positiva la actitud crítica del Senado, ésta ha tenido una consecuencia negativa para los intereses económicos de Brasil, ya que ha impedido que las empresas energéticas brasileñas recurran al CIADI u otro medio de resolución de controversias a raíz de la nacionalización del sector energético en Bolivia.

Sobre el controvertido capítulo XI del TLCAN, don Rodolfo puso el dedo en la llaga al hablar de su carácter inequitativo y discriminatorio respecto a los inversionistas nacionales, ya que no tienen la facultad de acudir al sistema de resolución de controversias.⁴ Si bien la discriminación es justificada bajo un tecnicismo que reposa considerar que los inversionistas

“El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas cartas paralelas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, vol. I, pp. 121-164; “Panorama de la negociación del Tratado de Libre Comercio”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, México, UIA, vol. II, pp. 11-22; “Qué es el Tratado de Libre Comercio”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio*, México, UIA, vol. I, pp. 13-33; *ibidem*, “La importancia del TLCAN en el comercio exterior de México. Algunos aspectos jurídicos de las soluciones de controversias derivadas de su aplicación conforme a los capítulos XIX y XX”, *Ars Juris*, núm. 21, 1999, pp. 19-26; “El capítulo XIX del Tratado Trilateral de Libre Comercio”, *Prácticas desleales del comercio internacional (antidumping)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 57-73; con Cruz Barney, Óscar, “Diez años del capítulo XX: solución de controversias entre las partes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 159-182; con Cruz Barney, Óscar, “El incumplimiento de las obligaciones pactadas en el TLCAN. Análisis de un caso concreto: el acceso al mercado estadounidense del azúcar de caña producida en México”, *ibidem*, pp. 359-421.

³ Con la notable excepción en la propuesta del grupo de trabajo conjunto entre la American Bar Association, la Canadian Bar Association y la Barra Mexicana de Abogados, que sugería un tribunal permanente para el TLCAN, véase “Dispute Settlement under a North American Free Trade Agreement: A Report by a Joint Working Group of the American Bar Association, the Canadian Bar Association and the Barra Mexicana”, *The International Lawyer*, vol. 26, núm. 3, 1992, pp. 855-872.

⁴ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje*, op. cit., nota 2, p. 141.

mexicanos gozan del mismo privilegio cuando inviertan en Estados Unidos o Canadá, dicha justificación no parece suficiente, sobre todo cuando la definición de expropiación es mucho más generosa en el TLCAN que en la Ley de Expropiación,⁵ además de que el procedimiento es más rápido y efectivo, y por último la indemnización es mayor. Dicha desigualdad ya ha sido abordada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) en el caso de la nacionalización del sector azucarero.⁶

Hoy que nos encontramos enfrascados en una ronda de negociaciones multilaterales que prometía incorporar el necesario vínculo entre comercio y desarrollo, los grandes avances en el comercio internacional se darán vía el sistema de resolución de controversias de la OMC. Por tal razón, el análisis de la aportación de la doctrina de don Rodolfo es tan importante; aportación que no se limita al arbitraje público, sino que también trata el arbitraje comercial internacional, por excelencia privado. No son pocos los temas que conviven simultáneamente los intereses públicos con los derechos privados. Además, esta una de las principales líneas de investigación en las que el doctor Cruz Miramontes ha sido precursor, promotor e innovador.

En su obra referente al arbitraje comercial internacional, parece favorecer la tesis de la privatización de la justicia defendida también brillantemente por Luis Miguel Díaz.⁷ Cabe señalar que en este caso se habla

⁵ Al respecto, véase Rábago Dorbecker, Miguel, “El régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿génesis de un doble estándar o convergencias de criterios?”, en Serna de la Garza, José María, *Derecho comparado Asia-México. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 445-471 y 453-461.

⁶ Sentencia relativa al amparo en revisión 1133/2004, promovido por Fomento Azucarero del Golfo, sociedad anónima de capital variable. Fallado en sesión del dieciséis de enero de dos mil seis. En este caso de expropiación, la SCJN en pleno decidió lo siguiente: “La conclusión a la que se ha arribado es acorde a la interpretación sistemática y armónica de los artículos 14 y 27 de la Constitución Federal, pero, además, resulta congruente con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad previsto en el artículo 1o. constitucional y 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que aplicado directamente al caso concreto, debió orillar a la autoridad a prever para las empresas nacionales las mismas condiciones que las reguladas para los extranjeros en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en cuanto al aspecto en análisis”.

⁷ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 9. Véase Díaz, Luis Miguel, *Arbitraje privatización de la justicia*, 2a. ed., México, Themis, 1998.

del arbitraje que se encuentra sujeto a la autonomía de la voluntad; es decir, el arbitraje privado. Es aquí donde se debe excluir gran parte del arbitraje como sistema de resolución de controversias en el comercio internacional, como el de la OMC o los sistemas de integración regional. De todos modos, la pregunta es obligada: ¿qué tanto queda de privado en el arbitraje comercial internacional? Dicho cuestionamiento es más actual que nunca, sobre todo a raíz de la sentencia emitida por el pleno de la SCJN sobre la competencia de los tribunales para conocer sobre la validez de la cláusula arbitral.⁸ También las frecuentes dificultades en el re-

⁸ Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: XXIV, Septiembre de 2006, Tesis: 1a./J. 25/2006, p. 5; ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL. La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aun sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva. Contradicción de tesis 51/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de enero de 2006. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. Tesis de jurisprudencia 25/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de marzo de dos mil seis. Al respecto véase Azar Manzur, Cecilia, y Gómez Ruano, Sofia, "La Suprema Corte de Justicia mexicana favorece la competencia del juez para analizar el acuerdo arbitral", *El Foro*, t. XIX, núm. 1, 2006, pp. 75-86.

conocimiento y ejecución de los laudos arbitrales evocan una intervención, quizá excesiva, del Estado en dichos asuntos.⁹ Otro punto que dificulta una división exclusivamente privada son las cláusulas en las que se prevé que en caso de fracasar en un tiempo determinado se debe ir a tribunales. Para Rodolfo Cruz, ambos sistemas son excluyentes, por lo menos en lo referente al artículo 97.I de la Ley de Comercio Exterior y en los numerales 2005 y 1121.1 del TLCAN.¹⁰ Finalmente, al igual que en el caso de reconocimiento y ejecución de laudos, la cooperación entre juez y árbitro es fundamental en cuestiones como la solicitud de medidas cautelares y el nombramiento de árbitros en el arbitraje *ad hoc*.

El arbitraje se ha ido consolidando como el medio alternativo de solución de controversias (en adelante MASC) más socorrido en el derecho mexicano. Ya desde la promulgación en el *DOF* del 31 de diciembre de 1956, de la Ley que crea la Comisión para la Protección del Comercio Exterior (Compromex) se permite el arbitraje como MASC, entre otras opciones como la conciliación, el dictamen y el análisis y la recomendación. De hecho, la obra de Rodolfo Cruz hace un recuento de la verdadera plétora normativa, de origen legislativo ordinario y de carácter privado que regula al arbitraje. Prueba de este carácter enciclopédico es el análisis de los reglamentos y procedimientos arbitrales de instituciones no muy favorecidas por la doctrina mexicana; por ejemplo: la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de la Ciudad de México,¹¹ las disposiciones relativas a resolución de controversias de la Ley de Cámaras Industriales y sus Confederaciones,¹² el procedimiento arbitral ante Conducef,¹³ Conamed,¹⁴ Profeco,¹⁵ IMPI,¹⁶ Instituto Nacional de Dere-

⁹ Sobre todo a raíz de casos tan sonados como T.V. Azteca, S. A. de C. V. c Javier Moreno Valle Suárez y Televisora del Valle de México, S. A. de C. V., Laudo CCI 11286/KGA.

¹⁰ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *op. cit.*, nota 2, p. 11.

¹¹ *Ibidem*, pp. 192-203.

¹² Título III, capítulo II, p. 209.

¹³ Establecido por la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, *DOF* 18 de enero de 1999, *ibidem*, pp. 210-215.

¹⁴ Creada bajo decreto publicado en el *DOF* del 3 de junio de 1996, pp. 216-228.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 228-232.

¹⁶ De conformidad con el artículo 233 de la Ley de Propiedad Industrial, pp. 232 y 233.

chos de Autor,¹⁷ AAA¹⁸ y CIAC.¹⁹ Además, se tratan instituciones más conocidas como la Comisión Permanente de Arbitraje de la Canaco, el Centro de Arbitraje Comercial Internacional (CEMAC), la Cámara de Arbitraje de México de 1997 (CAM) y el capítulo mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (CCI).

Por lo que respecta al arbitraje interestatal en materia de comercio internacional, don Rodolfo se ha concentrado de manera especial en los distintos sistemas de resolución de controversias del TLCAN²⁰ y el TLCUEM.²¹ Aunque no se ha limitado solamente a sistemas de integración regionales, sino que también ha analizado las disposiciones referentes a la solución de controversias multilaterales, concretamente en la OMC.²² Dentro del sistema de resolución de controversias del TLCUEM y del TLCAN la participación del doctor Cruz Miramontes ha sido fundamental, no sólo como comentarista, sino como negociador. Como coordinador de la mesa de solución de controversias de la Coordinadora Empresarial para el Comercio Exterior, don Rodolfo pugnó por un sistema similar al del capítulo XIX, en el TLCUEM, pero desgraciadamente en este caso sus recomendaciones encontraron una fuerte oposición de los negociadores europeos, visión que finalmente se impuso en el texto.²³ A su vez, en el TLCAN defendió el muy original método de selección cruzada de árbitros del capítulo XX, a la vez que propuso su utilización en el resto de los sistemas de resolución de controversias, esta vez lamentablemente sin éxito.²⁴

¹⁷ De conformidad con el título XI, capítulo III, de la Ley Federal de Derecho de Autor, pp. 233-237.

¹⁸ Asociación Americana de Arbitraje, pp. 245-256.

¹⁹ Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, pp. 256-260.

²⁰ Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC...*, *op. cit.*, pp. 1-52.

²¹ Cruz Miramontes, Rodolfo, "Las negociaciones de México con la Unión Europea relacionadas con los mecanismos de revisión de resoluciones sobre prácticas desleales de solución de controversias", *El Foro*, t. XII, núm. 2, 1999, pp. 175-214; *ibidem*, "Los mecanismos de solución de diferencias en los acuerdos celebrados entre México y la Unión Europea", *Ars Iuris*, núm. 24, 2000, pp. 111-214.

²² Cruz Miramontes, Rodolfo, "La Organización Mundial de Comercio: introducción, antecedentes, elementos fundamentales de su constitución y su aportación a la solución de controversias", *Ars Iuris*, núm. 21, 1999, pp. 19-26; y con Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje...*, *cit.*, nota 2, pp. 155-168.

²³ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje...*, *cit.*, nota 2, pp. 154 y 155.

²⁴ Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC...*, *cit.*, p. 4.

El amplio trato conjunto que se le ha dado en la obra del doctor Cruz Miramontes al arbitraje público y privado hace pensar sobre la mutua relación que guardan ambos ámbitos. Si bien se deben matizar algunas particularidades, un enfoque holístico puede ayudar a una mutua comprensión y separación de estas dimensiones.

II. FORMAS Y SUBJETIVIDAD PARA ACCEDER AL ARBITRAJE

La más elemental diferenciación entre el arbitraje público y el privado es conforme a los sujetos que pueden acceder a dichos mecanismos. En el caso del arbitraje comercial internacional, los sujetos son en su mayoría personas físicas o jurídicas de carácter privado, con la excepción de aquellos en que las empresas públicas participan en casos de *jure gestioni*.²⁵ Tratándose de controversias comerciales en el sistema OMC o en instrumentos de integración regional como el TLCAN, el acceso es en su mayoría restringido a los Estados. La excepción, compartida con los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (en adelante APPRI), es la del capítulo XI del TLCAN. Dicho sistema inversor-Estado es sin duda alguna el que más aporta a la discusión entre el arbitraje privado y el público. De tal manera parecería impulsar una “privatización” del Estado en su relación contractual con el inversor extranjero; es decir, separarlo de sus prerrogativas, como el ejercicio de la protección diplomática, inmunidad de jurisdicción y de ejecución, competencia exclusiva de sus tribunales internos y la aplicación forzosa de su ley interna modificable unilateralmente. Aunque dicho análisis parece correcto, los tratados internacionales en materia de inversiones que otorgan *ius standi* al inversor extranjero, más bien parecen elevar a los inversionistas extranjeros al carácter de entidades pú-

²⁵ Esta posibilidad se contempla prevista en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, que dice: “Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus Organismos Subsidiarios podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto”. Por su parte, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público es más restrictiva en su artículo 15, según párrafo, al afirmar: “Sólo podrá convenirse compromiso arbitral respecto a aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; ya sea en cláusula compromisoria incluida, en el contrato o en convenio independiente”.

blicas, al llevarlos al plano internacional.²⁶ De ahí que los distintos sujetos que participan el arbitraje condicionan el carácter general del mismo.

Un primer supuesto sobre el que se proyecta la subjetividad de las partes en el arbitraje es en la forma en que se accede a éste. Un ejemplo ilustrativo son los paneles del capítulo XIX en los que no acceden los individuos al sistema, teniendo los Estados esta posibilidad. De hecho, existe una polémica respecto a si la ausencia de la manifestación de la voluntad excluye a estos sistemas de ser considerados como arbitrales. Para Rodolfo y Óscar Cruz, ésta no es razón para excluir al sistema del capítulo XIX como arbitraje, ya que cuando alguien acepta someterse a un procedimiento *antidumping* o de subsidios de conformidad a la Ley de Comercio Exterior, sabe que dicha resolución puede ser revisada por un panel XIX.²⁷

La forma en que se manifiesta el consentimiento para someterse a arbitraje para los particulares es por la vía de la cláusula o compromiso arbitral. Por el contrario, la manifestación de la voluntad del Estado puede darse tanto por dichas vías como por la vía de una oferta general de arbitraje contenida en un tratado internacional, como un APPRI o un TLC.²⁸ Por último, el arbitraje interestatal se pacta por vía convencional entre los Estados parte.

En el caso de las cláusulas arbitrales, Rodolfo Cruz señala que la misma debe abarcar la interpretación de todo el clausulado para efectos de prevenir conflictos.²⁹ Un caso particularmente sensible es precisamente en los denominados contratos de Estado a largo plazo.³⁰ En dichos trata-

²⁶ Tal supuesto parecería recibir las mismas críticas hechas a sistemas similares establecidos a través de un sistema contractual, debido a que un Estado no puede unilateralmente conferirle la calidad de sujeto de derecho internacional a quien no lo era originalmente, es decir, a un particular, pues esto sería facultad de la comunidad internacional. *Cfr.* Grigera Naón, Horacio, "El arbitraje en el derecho latinoamericano y español", *Librer Amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Kubkowski*, Lima, 1989, p. 79.

²⁷ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje...*, *cit.*, nota 2, p. 134.

²⁸ Sobre las vías de acceso al arbitraje en materia de inversiones, concretamente en el CIADI, véase Rodríguez Jiménez, Sonia, *El sistema arbitral del CIADI*, México, Porrúa-UIA-UNAM, 2006, pp. 114-163.

²⁹ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje...*, *cit.*, nota 2, p. 39.

³⁰ Rábago Dorbecker, M., "Contratos de Estado como forma de garantizar la estabilidad de la inversión extranjera: con especial referencia a los contratos celebrados por el Estado mexicano", en Calvo Caravaca, Alfonso Luis, y Carrascosa, Javier, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 481-495, y García Castillo, Tonatiuh, *El contrato de Estado internacional*, tesis doctoral, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 334-345.

dos, la aplicación de la cláusula de renegociación *vía rebuc sic stantibus* es fundamental para garantizar que los proyectos puedan tener una viabilidad en un periodo de tiempo extendido. Al tratarse de proyectos de una trascendencia económica fundamental y de gran magnitud, el volver a negociar otro contrato se volvería poco menos que imposible. Para evitar justamente este escenario, una cláusula que incluya la interpretación del contrato podría ayudar a mantener una relación contractual más equilibrada, y por tanto más duradera. Dentro del TLCAN hay unas vías para evitar conflictos antes de que surjan, si bien revestidas de características completamente distintas a las cláusulas arbitrales sobre renegociación. Por ejemplo, en el capítulo XIX los tribunales arbitrales pueden conocer si una reforma legislativa es congruente con el TLCAN.³¹ De tal manera funcionan más como un órgano de revisión de las políticas internas que como un sistema de resolución de controversias independiente.

En otro orden de ideas, Cruz Miramontes sugiere los siguientes elementos en el caso de optar por un acuerdo o compromiso arbitral:³² la manifestación de someterse al arbitraje y aceptar el laudo que se dicte, renunciando a los recursos legales que pudieran interponerse, determinar el número de árbitros, que se recomienda sea de uno o tres personas, establecer la sede del arbitraje, fijar el idioma, señalar las reglas aplicables tanto al procedimiento como al fondo del asunto o si tendrá facultad *ex aequo et bono*, determinar cuáles serán los puntos o temas a considerar sobre los que deberá pronunciarse el tribunal, y en su caso, cuáles quedarán excluidos; es decir, la materia del arbitraje, por último, se debe señalar el tipo de arbitraje: institucional o *ad hoc*.

III. TEMAS DE DELIMITACIÓN

1. *La confidencialidad*

Uno de los principios éticos del árbitro es la confidencialidad de la información; además, dicha característica es una de las ventajas más importantes de este tipo de resolución de controversias frente a los procedimientos judiciales, que por su naturaleza son públicos. Sin embargo, aun en el caso de arbitraje comercial internacional, entre particulares, la con-

³¹ Artículos 1902.2 y 1903.

³² Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje...*, *cit.*, nota 2, p. 39.

fidencialidad tiene ciertos límites. Por ejemplo, la transparencia choca con la cláusula de confidencialidad en los asuntos en que una de las partes presuntamente se ve involucrada en operaciones que puedan involucrar lavado de dinero u otras actividades ilícitas.³³ Respecto a la actividad de árbitros en arbitraje comercial internacional, éstos estarían sujetos a disposiciones como la Directiva de Consejo 2001/97/EC (L 344), del 28 de diciembre de 2001 sobre lavado de dinero en la UE, o las recomendaciones bajo los órganos de la Convención de Naciones Unidas sobre Tráfico de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas, de 1988. La adopción de estos instrumentos no ha estado librada de controversia, ya que inclusive Bélgica consultó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas si dicha directiva no violaba los derechos procesales. Existe una tercera directiva, del 26 de mayo de 2005, que incluye actividades terroristas. Lo mismo sucede con casos de corrupción. Finalmente, un problema, que puede surgir cuando se incluyen alegaciones de lavado de dinero u otras cuestiones ilícitas en el laudo, es que podría negarse el reconocimiento y ejecución del mismo bajo la excepción de orden público del artículo V(2)b de la Convención de Nueva York.³⁴

En el caso del arbitraje como sistema de resolución de controversias en el sistema multilateral comercial, la publicidad de los actos ha tomado matices completamente distintos. Dentro del capítulo XI del TLCAN, a la confidencialidad se le da un trato claro en el caso de los laudos. México ha sido, en un principio, muy renuente a la transparencia en dichos casos, sobre todo al acceso público de documentos en litigios en materia de inversiones. De hecho, dentro del anexo 1137.4 México fue el único país que se reservó el derecho a no hacer públicos los laudos. No obstante, la Secretaría de Economía, con posterioridad a la publicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información, subió a su página *web* todos los documentos relacionados con el litigio en materia de inversiones, haciéndola una de las más completas y transparentes. El único signo negativo es la reciente declaración de confidencialidad del laudo en el caso *Fireman's Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos*,³⁵ que si bien ganó México, toca temas sensibles, como el Fobaproa, que deberían ser conocidos por los contribuyentes.

³³ Minaeva, Tatiana, "The Place of Arbitrators in Combating Money Laundering", *Stockholm Arbitration Review*, núm. 1, 2006, pp. 33-42.

³⁴ *Ibidem*, p. 39.

³⁵ Caso CIADI núm. ARB (AF)/02/1.

La Comisión de Libre Comercio, en su nota interpretativa del 31 de julio del 2001, abordó el tema de la confidencialidad en los arbitrajes en materia de inversión.³⁶ En la misma nota se incluye un llamado general a una mayor transparencia, concretamente aclarando que el capítulo XI no impone un deber general de confidencialidad a los Estados parte. Respecto al caso concreto del acceso a los documentos, se excluyó aquella información comercial reservada, información confidencial de conformidad con la ley interna de los Estados parte y la reservada de conformidad con las reglas de arbitraje aplicables. Esta misma cuestión fue incluida por parte del Congreso de Estados Unidos para renovar la autoridad *fast track* al Ejecutivo. Por ello, tanto en el TLC entre Estados Unidos y Chile como en el de Estados Unidos con Singapur se han abierto los arbitrajes en materia de inversión al público.³⁷

Por último, en el caso de la OMC, aun cuando una de las críticas más arraigadas es la falta de legitimación de sus decisiones, y en concreto el carácter hermético de sus decisiones, su sistema de resolución de controversias no parece responder a estas críticas.³⁸ En especial, el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (anexo 2 del Acta de Marrakech) sigue tratando las decisiones de los grupos especiales como si fueran de deliberaciones que sólo afectan intereses particulares, como en el arbitraje comercial internacional, y por ende, confidenciales.³⁹

³⁶ Disponible en http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/nota_interpretativa/interpretacion_CLC_espanol.pdf

³⁷ Por ejemplo, el artículo .19(4) el TLC entre Estados Unidos y Chile, véase Gantz, David A., "The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*, vol. 19, núm. 4, 2004, p. 749.

³⁸ Sobre la legitimación en el sistema de resolución de controversias de la OMC véase Howse, Robert, "Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence", en Weiler, J. H. H., *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards Common Law on International Trade*, Oxford, 2000, pp. 35-69.

³⁹ Artículo 14. Confidencialidad. 1. Las deliberaciones del grupo especial serán confidenciales. 2. Los informes de los grupos especiales se redactarán sin que se hallen presentes las partes en la diferencia, teniendo en cuenta la información proporcionada y las declaraciones formuladas. 3. Las opiniones que se expresen en el informe del grupo especial por los distintos integrantes de éste serán anónimas.

2. *El árbitro como autoridad para efectos del juicio de amparo*

Un tema de considerable importancia que puede condicionar el desarrollo del arbitraje es el de la consideración del árbitro como autoridad para efectos del juicio de la procedencia del juicio de amparo. La consideración de los árbitros como autoridades para tales efectos tendría la consecuencia de que se puedan suspender o revisar las actuaciones de los árbitros durante el procedimiento, además de alargar considerablemente el tiempo del arbitraje. Sin embargo, al necesitar el laudo de un procedimiento de reconocimiento y ejecución,⁴⁰ además de la posibilidad de que la parte afectada pueda interponer un recurso de nulidad,⁴¹ la promoción del juicio de amparo se encontraría con la causal de improcedencia del artículo 73, fracción XV, de la Ley de Amparo.⁴² La esencia en la consideración para efectos de los actos de los árbitros como sujetos del juicio de amparo es el hecho de que si sus facultades se encuentran dentro de la administración de justicia del Estado y si su acceso está obligado o es dependiente de la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, en el caso de la Constitución de Colombia, que define a los árbitros como administradores de justicia.⁴³ Su artículo 116 inviste transitoriamente a los particulares para efectos de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes, además de proferir fallos en derecho o en equidad en

⁴⁰ Tratándose de laudos comerciales internacionales dictados en el extranjero, tal procedimiento se regirá por la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, del 30 de enero de 1975, publicada en el *DOF* el 27 de abril de 1978, o en caso de no ser parte de este instrumento, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, publicada en el *DOF*, 22 de junio de 1971.

⁴¹ Artículos 1457-1463 del Código de Comercio.

⁴² Que señala: “Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin exigir mayores requisitos que los que la presente ley consigna para conceder la suspensión definitiva, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta ley”.

⁴³ Desarrollado por el Decreto 1818, del 7 de septiembre de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, publicado en el *Diario Oficial* del 7 de septiembre de 1998.

los términos que determine la ley.⁴⁴ En tal caso sería muy difícil pensar en la ausencia de un control constitucional de dichos actos.

Rodolfo Cruz anticipaba desde su participación como coordinador de la mesa de revisión de los textos de la Coordinadora de Organismos Empresariales de Comercio Exterior, la negativa de considerar a los árbitros como investidos de autoridad para efectos del control constitucional vía amparo.⁴⁵ Dicha defensa a la autonomía arbitral fue confirmada posteriormente por los tribunales federales.⁴⁶

En lo referente al arbitraje público en materia de comercio internacional, el asunto es más complicado. Debido al claro interés público que existe en dichas controversias, aunado a los recursos públicos utilizados y al hecho de que los actos que se deciden se basan en la responsabilidad internacional del Estado, el arbitraje público parece tener otros matices. No obstante, hay que partir de la idea de que los Estados se han comprometido a un determinado sistema de resolución de controversias en vez de sus sistemas internos, y que el no acatar dicho compromiso significaría una violación al tratado.

El caso más controvertido son los laudos dictados bajo el sistema de panel arbitral del capítulo XIX del TLCAN. Este tema se tocó en el juicio de amparo 574/96, en el que las empresas norteamericanas *USX Corporation* e *Inland Steel Company* se amparaban en contra de un laudo desfavorable a sus intereses, concretamente el MEX-94-1904-01.⁴⁷ En un

⁴⁴ Martínez Manotas, Patricia, *El arbitraje comercial internacional en Colombia y México*, tesis de maestría en derecho de los negocios internacionales, México, UIA, 2007.

⁴⁵ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje...*, cit., nota 2, p. 54.

⁴⁶ ÁRBITROS. SU RESOLUCIÓN NO ENTRAÑA UN ACTO DE AUTORIDAD. Es correcto el desecamiento de la demanda de garantías cuando el acto que se reclama lo constituye la resolución que dicta un árbitro designado a petición de las partes en conflicto, toda vez que su intervención no implica un acto de autoridad. Luego es claro que la determinación de un árbitro en las condiciones señaladas, implica un acto de particular que no puede ser materia de juicio de garantías; lo que se traduce en un motivo manifiesto de improcedencia de términos del artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo primero, ambos de la Ley de Amparo. Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Reclamación 1/91. Sección número uno del Sindicato de Trabajadores de la Industria Cinematográfica, Similares y Conexos de la República Mexicana, C.T.M. 20 de marzo de 1991, Unanimidad de votos. Ponente: Horacio Cardoso Ugarte. Secretaria: Teresa Sánchez Medellín. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VIII, diciembre de 1991, p. 155.

⁴⁷ Sobre el caso véase Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje...*, cit., nota 2, pp. 55 y 56.

primer momento el juez séptimo de distrito consideró que el juicio de amparo sí procedía en contra de los laudos del capítulo XIX, pero al ejercer la Suprema Corte de Justicia su facultad de atracción sobre el Sexto Tribunal Colegiado de Materia Administrativa, resolvió a través de su Primera Sala, de manera unánime, confirmar la resolución.⁴⁸

3. *Efectos de la decisión o laudo arbitral*

Otra diferencia esencial entre el arbitraje público y privado son los efectos que tienen las decisiones derivadas de dichos procedimientos. Por eso se debe separar entre los sistemas de resolución de controversias Estado-Estado (capítulo XIX del TLCAN, capítulo XX, Sistema de resolución de controversias de la OMC, etcétera), los mixtos (capítulo XI del TLCAN) y el arbitraje comercial internacional (CCI, AAA, o los señalados en el artículo 2022 del TLCAN). La diferencia radica en que en los laudos derivados del arbitraje comercial internacional, en caso de no llegar a una solución convenida, para tener efectos necesitan ser reconocidos y ejecutados con la colaboración de los tribunales nacionales. Al contrario, las decisiones de los paneles arbitrales de carácter público no se ejecutan ante los tribunales internos, sino que se toman medidas compensatorias para garantizar el resarcimiento de la reclamación. El punto intermedio es el del arbitraje en materia de inversiones, que presenta elementos de ambos sistemas.

Como se señalaba con anterioridad, los laudos comerciales internacionales requieren de un procedimiento para su ejecución ante los tribunales nacionales. El procedimiento de reconocimiento y ejecución tiene tal importancia para el arbitraje, que en cierto sentido representa un “verdadero examen de la eficacia del arbitraje y de la fortaleza de la institución”.⁴⁹ Existen distintas formas por las que se puede garantizar su reconocimiento y ejecución, y Rodolfo Cruz señala la aplicación preferente de la Con-

⁴⁸ Amparo en revisión núm. 280/98, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente Juan N. Silva Meza. Secretario: Juan Ramírez Díaz. Al respecto véase Lopez-Ayllón, Sergio, “Los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio no son autoridad para efectos del juicio de amparo (amparo en revisión número 280/98)”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, 2000, pp. 193-205.

⁴⁹ Guerrero Rodríguez, O., *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales de naturaleza privada en México*, tesis de posgrado, México, Escuela Libre de Derecho, 2005, p. 1.

vención de Panamá sobre la de Nueva York, por ser posterior y, a falta de dichas disposiciones, el Código de Comercio.⁵⁰

Como caso ilustrativo de los problemas del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales de carácter comercial, se encuentra: *Nordson Corporation c. Industrias Camer, S. A. de C. V.*⁵¹ En él se solicitó el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado por un árbitro en Cleveland, Ohio. Camer argumentó que el monto de los daños excedía la pena convencional establecida por las partes, y por tanto el árbitro se había excedido en sus funciones. Se presentó un amparo, y el juez de distrito determinó que el asunto de los daños era una cuestión de fondo que no podía ser analizada, ya que no está dentro de la lista del artículo 1463.

Por lo que se refiere al arbitraje en materia de inversiones, el artículo 1136 del capítulo XI del TLCAN regula el tema de definitividad y ejecución del laudo. En primer lugar, establece la obligación de las partes de acatar el laudo sin demora.⁵² No obstante, se establecen ciertas reglas para efectos de solicitar la ejecución del laudo definitivo. Cuando se trata de arbitraje bajo el Convenio del CIADI (posibilidad vedada hasta ahora por la ausencia de participación de Canadá y México en tal acuerdo) sólo se podrá solicitar la ejecución ciento veinte días antes de la fecha en que se dictó el laudo y cuando no esté pendiente un recurso de revisión o anulación.⁵³ Dentro de los otros sistemas arbitrales previstos en el TLCAN (mecanismo complementario del CIADI y reglas de arbitraje de la CNUDMI), tienen que transcurrir tres meses y que no se encuentre pendiente un procedimiento de revisión o anulación.⁵⁴ También se incluye una obligación general de debida ejecución, lo cual permite varias vías para garantizar la ejecución del mismo.⁵⁵

El medio accesible a los Estados es una solicitud de un panel arbitral bajo el capítulo XX, de conformidad con el artículo 2008.⁵⁶ El Estado del inversionista contendiente tendrá esta opción para obligar al Estado de-

⁵⁰ Cruz Miramontes, R. y Cruz Barney, Ó., *El arbitraje...*, cit., nota 2, p. 51.

⁵¹ Von Wobeser, Claus, "Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America: Mexico", en Cremades, Bernardo M., *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America*, International Bar Association- Kluwer, 1999, pp. 59-62; *op. cit.*, p. 64.

⁵² Artículo 1136.2 del TLCAN.

⁵³ Artículo 1136.2.a del TLCAN.

⁵⁴ Artículo 1136.2.b del TLCAN.

⁵⁵ Artículo 1136.4 del TLCAN.

⁵⁶ Artículo 1136.5 del TLCAN.

mandado a acatar la resolución, invocando que el incumplimiento del laudo es contrario a las obligaciones del Tratado o una recomendación para que se cumpla el laudo. Por otra parte, el particular (inversionista contendiente) podrá solicitar la ejecución del laudo de conformidad con los distintos sistemas, como el del CIADI (imposible, debido a que sólo Estados Unidos ha ratificado el Convenio de Washington), la Convención de Nueva York (en el caso de laudos canadienses que se pretendan reconocer y ejecutar en Estados Unidos o México o los de estos últimos países en Canadá) y por último la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial (en el caso de ejecución de laudos dictados en Estados Unidos en los que se busca su reconocimiento y ejecución en México, y viceversa).⁵⁷ Otra aclaración del capítulo XI del TLCAN, que resulta esencial para el reconocimiento y ejecución del laudo, es que el mismo establece que los laudos emanados de dichos tribunales tienen el carácter de comercial.⁵⁸ Por último, cabe señalar que el inicio del procedimiento previsto en el capítulo XX por el Estado no precluye la posibilidad de que se solicite la ejecución del laudo por parte del inversionista.

La posibilidad que abre el capítulo XI del TLCAN de aplicar el sistema del CIADI para el reconocimiento y ejecución del laudo merece una especial consideración. Ya que hoy por hoy ésta no es una posibilidad por la ausencia de ratificación de dicho Convenio por parte de Canadá y México, sólo podemos especular sobre su aplicación, pero en el caso de nuestro país esto puede tener efectos muy interesantes. En el caso del reconocimiento y ejecución de laudos, si los Estados son parte del Convenio de Washington, en principio los laudos se ejecutan como si fueran una sentencia definitiva de un tribunal de primera instancia del Estado.⁵⁹ La cuestión es que la práctica del CIADI sobre el reconocimiento y eje-

⁵⁷ Artículo 1136.6 del TLCAN.

⁵⁸ Esto es fundamental para efectos de cumplir el requisito de comercialidad de los artículos I de la Convención de Nueva York o el I de la Convención Interamericana, artículo 1136.7.

⁵⁹ Artículo 54 de la Convención de Washington, que señala: “Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran”.

cución de laudos ha sido limitada y azarosa.⁶⁰ En el caso *Benvenuti & Bonafant c. Congo*, el *Tribunal de grande instance* de París concedió el *exequatur*, pero sujeto a que cualquier medida de ejecución fuera ordenada por el tribunal para asegurar que los bienes no estuvieran protegidos por inmunidad de ejecución. Lo mismo sucedió ante los mismos tribunales en el reconocimiento y ejecución del caso *SOABI*, pero en este caso la *Cour d'appel* estableció que la sumisión al arbitraje CIADI no implica la renuncia a la inmunidad de Senegal distinguiendo entre reconocimiento y ejecución. Una postura similar se tomó en el caso ante tribunales de Estados Unidos en *LETCO c. Liberia* con base en la inmunidad de ejecución de ciertos bienes contra los cuales se pretendía ejercer la ejecución. Finalmente, en otro caso ante los tribunales ingleses, *AIG Capital Partners c. Kazajstán* también los tribunales aplicaron la inmunidad de ejecución con base en el *State Immunity Act*, en especial respecto a activos del Banco Nacional de Kazajstán.

Un argumento muy interesante es que bajo la cláusula de entera fe y crédito, los laudos CIADI tendrían que ser ejecutados sin revisión alguna con base en que el artículo 54(1) del Convenio de Washington establece que serán considerados como una sentencia proveniente de otro Estado.⁶¹ La cláusula de entera fe y crédito se incluye en el artículo IV.I de la Constitución de Estados Unidos, que es idéntica al artículo 121 de la Constitución mexicana.

Dentro del arbitraje interestatal, las consecuencias de un informe final de un panel arbitral en materia de comercio internacional son muy diferentes a las de un laudo arbitral en materia comercial. Dicha diferencia es que el primero no atañe ejecución, sino la posibilidad de tomar medidas equivalentes en otros sectores. Tales medidas son posteriormente revisables por paneles de suspensión de beneficios, inexistentes en el arbitraje comercial privado.

Respecto al TLCAN, el artículo 2019 prevé que en caso de incumplimiento se pueda ir a la suspensión de beneficios. Lo mismo sucede en el órgano de solución de diferencias de la OMC, en el que el artículo 22 del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de controversias permite imponer medidas compensatorias o

⁶⁰ Balwin, Edward *et al.*, "Limits to Enforcement of ICSID awards", *Journal of International Arbitration*, vol. 23, núm. 1, 2006, pp. 1-24.

⁶¹ *Ibidem*, p. 11.

suspender concesiones previa aprobación y visto bueno del órgano de solución de diferencias. Estas medidas son de carácter temporal, y se puede recurrir a ellas en caso de que no se apliquen en un plazo razonable las recomendaciones adoptadas. Uno de los grandes problemas de dichas medidas es su compatibilidad con las obligaciones de los acuerdos en los que se toman.

4. *Derecho aplicable*

En el arbitraje en materia de inversiones existen varias opciones para la determinación del derecho aplicable. Una tendencia hacia la deslocalización se prevé dentro del capítulo XI del TLCAN, en el que sólo se aplica el texto del tratado y el derecho internacional, sin ninguna referencia al derecho nacional del Estado receptor.⁶² Una variante del TLCAN es que la Comisión de Libre Comercio puede dar interpretaciones obligatorias al capítulo XI, que deberán ser acatadas por posteriores tribunales arbitrales.⁶³ La segunda opción es la del Convenio de Washington, en el que se aplican las normas de derecho acordadas por las partes, y a falta de acuerdo, el tribunal se remite al derecho del Estado receptor de la inversión extranjera, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y sólo complementariamente aquellas normas de derecho internacional que resulten aplicables.⁶⁴ Una tercera opción se presenta en acuerdos más recientes, como el TLC entre Chile y Estados Unidos, en el que en casos de reclamaciones que versen sobre un contrato de inversión o sobre una autorización, se aplica el derecho acordado entre las partes, y en caso de que no se haya pactado, el del Estado parte en la disputa con sus normas de conflicto.⁶⁵

⁶² Artículo 1131.1 del TLCAN. En esta misma dirección apunta el artículo sexto del apéndice sobre resolución de controversias en el APPRI entre México y España. La deslocalización en el derecho aplicable no debe ser confundida por la deslocalización del laudo arbitral sobre su sede y concretamente del derecho procesal interno de la misma. Sobre este último punto, y concretamente respecto al arbitraje CCI, véase Craig, Laurence W. *et al.*, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a. ed., Nueva York, Oceana-CCI, 2000, pp. 7-9.

⁶³ Artículo 1131.2 del TLCAN. En la misma media se prevé en el caso en que los Estados parte realicen una interpretación de común acuerdo, según el artículo sexto, segundo párrafo, del apéndice sobre resolución de controversias en el APPRI entre México y España.

⁶⁴ Artículo 42 del Convenio de Washington.

⁶⁵ Artículo 10.21(2).

Respecto al arbitraje comercial internacional de naturaleza privada, la flexibilidad en la determinación del derecho aplicable es mayor, y reposa en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Una mancuerna muy interesante prevista por el doctor Cruz Miramontes es la de los principios de Unidroit y el arbitraje comercial internacional.⁶⁶ En el preámbulo de los Principios de Unidroit se da cuenta de esta situación, al señalar:⁶⁷ “Cuando las partes deseen adoptar los principios como el derecho aplicable al contrato, es aconsejable combinar la adopción de los principios con un acuerdo de arbitraje”.

5. *La exclusividad del foro*

Uno de los temas más importantes del arbitraje es garantizar la exclusividad del foro. Esto se prevé bajo la Convención de Nueva York en caso de que una de las partes acuda ante los tribunales nacionales para resolver la controversia.⁶⁸ Sin embargo los tribunales mexicanos, en opinión de Claus von Wobeser, por ignorancia o por un malinterpretado celo a su jurisdicción tienen una tendencia para declararse competentes, aun cuando existe una cláusula arbitral.⁶⁹

Dicho problema se agrava, porque los tribunales mexicanos no permiten la contestación *ad cautelum* de las demandas.⁷⁰ Si una de las partes somete a un tribunal la controversia a la competencia de un tribunal de primera instancia, se tendrá que objetar la competencia para que no sea considerada como una sumisión tácita. Los siguientes casos son presentados por Claus von Wobeser. La demanda *ad cautelum* se presentó en el caso Operadora de Tintorerías Doña Linda S. A. de C. V. c Drylean USA Franchise Co. juicio civil ordinario 47/95. Otro caso fue el de Restaurantes Arby's S. A. de C. V. c. Arby's Inc, Juzgado Decimosexto de lo Civil,

⁶⁶ Cruz Miramontes, Rodolfo, “El arbitraje y su función en la aplicación de los principios sobre contratos comerciales internacionales”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año III, núm. 5, 2006, pp. 85-96.

⁶⁷ Artículo 4.2.

⁶⁸ Artículo II de la Convención de Nueva York y artículo 1424 del Código de Comercio.

⁶⁹ “Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America: México”, en Cremades, Bernardo M., *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America. Papers presented at the 1998 Vancouver IBA conference*, Cambridge, Kluwer-International Bar Association, 1999, p. 55.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 59-62.

expediente 222/96, apelación en la Sala Séptima del Tribunal Superior de Justicia, caso 1783/98, en el que se confirmó que el tribunal se declaró con competencia para conocer de asuntos incluidos en un convenio modificatorio del contrato original que no contiene una cláusula arbitral, mientras que el contrato principal sí la tenía, con una amplia cláusula sobre cualquier controversia relativa al presente contrato. Por último, menciona el caso Grupo de Construcción Inmobiliaria S. A. de C. V. c. Nissan Mexicana S. A. de C. V., juicio ordinario mercantil 911/92, Juzgado Vigésimo Primero del Distrito Federal, sobre daños y perjuicios derivados de un contrato de construcción. En este último caso, el tribunal se declaró competente aun existiendo una cláusula arbitral, y justo antes de dictar sentencia se declaró que no tenía competencia sobre el asunto. Como se puede apreciar, la aplicación del artículo 1424 del Código de Comercio podría haber impedido esta tardanza injustificada en el procedimiento.

Sobre la validez de la cláusula arbitral, la Cuarta Sala del Tribunal Supremo de Justicia del Distrito Federal en un fallo del 21 de octubre de 1986 concedió la apelación sobre la sentencia del juez de primera instancia, del 8 de mayo de 1986.⁷¹ En este caso una empresa japonesa y una mexicana firmaron un contrato para la compra de bienes que serían utilizados en México, y establecieron una cláusula de elección de foro a un tribunal arbitral. Surgió un conflicto entre las partes, y la empresa mexicana decidió demandar en México la rescisión del contrato, alegó que el tribunal tenía competencia bajo el supuesto de que la empresa tenía una filial, que era parte del contrato, domiciliada en el Distrito Federal. El tribunal de primera instancia decidió que el establecer el domicilio para oír y recibir notificaciones era suficiente para entender la sumisión tácita a los tribunales mexicanos. Además, estableció que los efectos jurídicos del contrato encontraban una relación con México, con base en el anterior artículo 13 del entonces vigente Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia federal (igual al actual 13 del Código Civil del Distrito Federal, pero que no se aplicaría por ser materia mercantil), en vez de considerar que la mercancía se entregaba bajo el Incoterm de libre abordó, y el puerto de embarque era en Japón.

⁷¹ Rendón, Jaime Roberto y Zivy, Isabel, "Jurisprudence mexicaine: la validité de la clause arbitral, internationale", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, núm. 6, 1987, pp. 629 y 630.

El tribunal de apelación ordenó que el asunto fuera sometido a la autoridad arbitral señalada en el contrato, con lo que se puede decir que en este caso el tribunal de apelación sostuvo que no es necesario que se inicie el procedimiento de arbitraje para que se pueda oponer la excepción de incompetencia ante un tribunal mexicano. Rendón y Zily critican esta remisión por medio de la Secretaría de Relaciones Exteriores a la institución arbitral, ya que el tribunal se debería haber limitado a anular la sentencia en virtud de la falta de competencia del tribunal (así lo estableció otra sentencia del 18 de marzo de 1987 de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal sobre otro asunto de incompetencia sometido a amparo).⁷² La cuestión por la que se declaró competente el tribunal, es que si bien la cláusula arbitral era general, se decía que no se incluían acciones por daños y perjuicios, y esto lo rechazó el Tribunal de Superior.

Finalmente, otra forma de garantizar la exclusividad del foro es que la relación juez-árbitro pueda darse sin intervenciones innecesarias y respetando la competencia original del tribunal arbitral. Dos son los temas de especial conflicto: el de la competencia para conocer de la validez de la cláusula arbitral y el de las medidas cautelares. Este tema será analizado a continuación.

6. Medidas cautelares

La primera anotación que se debe hacer es que la cooperación en materia de medidas cautelares entre los árbitros y los jueces es exclusiva del arbitraje comercial internacional y del arbitraje en materia de inversiones. Dejando un poco el arbitraje en materia de inversiones,⁷³ el artículo 1425 del Código de Comercio permite a las partes solicitar medidas cautelares a un juez, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante el procedimiento arbitral. La mayoría de los reglamentos arbitrales más utilizados en México permiten la solicitud de medidas cautelares directamente a los tribunales arbitrales. Tal es el caso del artículo 23.1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que además permite la solicitud de tales medidas ante los jueces antes de la

⁷² *Ibidem*, p. 630.

⁷³ Al respecto véase Rodríguez Jiménez, Sonia, *El sistema arbitral del CIADI*, cit., nota 28, pp. 163-216.

entrega del expediente al tribunal arbitral, y en algunas circunstancias aún después (artículo 23.2). La misma disposición trata de evitar los posibles efectos negativos que tenga la solicitud de medidas cautelares sobre la competencia del tribunal arbitral, al señalar expresamente que dicha solicitud no contraviene el acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia al mismo o afecta sus poderes. Todas las solicitudes de medidas cautelares se deben notificar sin dilación a la Secretaría General de la CCI, y ésta a su vez informará al tribunal arbitral.

El artículo 46 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI también permite al tribunal arbitral recomendar medidas cautelares a petición de parte o de oficio. Al igual que el Reglamento de arbitraje de la CCI, no se entiende que la solicitud de medidas provisionales de protección a un tribunal interno se infrinja la cláusula compromisoria o se menoscaben las atribuciones del tribunal. En este mismo sentido, pero sin permitir que el tribunal las dicte de oficio, se manifiestan: la regla R-34 de las Reglas de Arbitraje de la AAA, el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con la única diferencia que prevé la posibilidad de dictar un laudo interlocutorio para dicha medida), el artículo 31 del Reglamento de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, el artículo 23 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas, y el artículo 23 del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

IV. OTRAS LECCIONES DESDE EL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES

1. *Particularidades de los sistemas de resolución de controversias en materia de inversión*

Al encontrarse el arbitraje en materia de inversiones en un extraño limbo (confeccionado especialmente para el mismo por el sastre de los intereses privados) entre el arbitraje interestatal (público) y el arbitraje comercial internacional (privado), su análisis aporta bastante a ambos sistemas de resolución de controversias. El uso de este sistema en contra de legítimas prácticas regulatorias de los Estados es uno de los puntos más controvertidos del arbitraje en materia de inversiones. Una estrategia

de amenaza a través de demandas frívolas y su uso como arma de presión para garantizar mejores posturas de negociación ante las políticas legislativas y administrativas de los Estados ha marcado de manera definitiva el arbitraje en materia de inversiones. Lo anterior ha motivado una respuesta no sólo desde los Estados del Sur, sino también por Estados como Canadá y Estados Unidos. Por tanto, la gran sorpresa es que si bien dicha crítica no sorprende cuando viene dirigida desde el Sur respecto de las relaciones de inversión Norte-Sur, la respuesta más directa a dicha situación se ha dado en relaciones Norte-Norte. Como preludio a la crisis del modelo, se daba el estrepitoso fracaso del Acuerdo Multilateral en Materia de Inversiones (AMI) en la OCDE. En esta misma línea continúa el TLC entre Australia y Estados Unidos que directamente excluye la posibilidad del arbitraje mixto inversor-Estado, y sólo permite el arbitraje interestatal en estos casos.⁷⁴

Quizá lo anterior sea un reflejo de la práctica del TLCAN, la cual ha sido más controvertida en casos que involucraban a Estados Unidos y Canadá que en casos en los que se demanda al Estado mexicano. Existe por lo menos cierto grado de desdén hacia la administración de justicia en los Estados del Sur, ya que el propio TLC entre Australia y Estados Unidos reitera dicha postura al mencionar que la ausencia de un sistema de inversor-Estado se debe a una confianza mutua en los tribunales internos de las partes. La reflexión obligada es si la opción para México y en gran medida para América Latina no es una profunda reforma judicial, en vez de una internacionalización de las controversias en materia de inversión a foros ciertamente lejanos e impopulares.

No obstante, la opción australiana-americana presenta algunos inconvenientes. Los sistemas interestatales en materia de inversiones son una realidad para nuestro Estado, no solamente en el texto, sino también en la práctica. El caso en cuestión es la acción bajo el capítulo XX del TLCAN en el caso de transporte transfronterizo por carretera, el cual incluía cuestiones de servicios e inversión.⁷⁵ Lo primero que hay que ad-

⁷⁴ Para algunos observadores este es un retroceso hacia la protección diplomática. Véase Dodge, William S., "Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39, núm. 1, 2006, p. 3.

⁷⁵ EUA-98-2008-01. Decisión del 6 de febrero de 2001, disponible en http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/USA/ub98010e.pdf.

vertir es que esta no es una opción para un inversionista que está buscando una reparación por un daño imputado al Estado, ya que el sistema de reparación es el de tomar una medida equivalente. También un particular no tiene la opción para presentar una reclamación directa bajo este sistema, lo que significa que el Estado es quien lo representaría. Tal condición puede traer consecuencias contradictorias. Por ejemplo, en un Estado en el que sus órganos actúen más por presión de los grandes oligopolios y sufragen aventuras jurídicas con un carácter eminentemente de beneficio particular (lo cual debido a la tremenda concentración económica en México puede ser el caso de nuestro país), o por otro lado que la reclamación sea una respuesta estatal a grupos de pequeños y medianos empresarios democráticamente representados, los cuales estarían tradicionalmente vedados a presentar una reclamación individual debido a su alto costo o su inviabilidad técnica con los recursos existentes. Una ventaja de este sistema es que puede ser utilizado como una especie de acción preventiva en contra de actos que puedan afectar los legítimos intereses de los inversionistas, ya que no se necesita probar un daño directo al inversionista. De hecho esta cuestión fue analizada por el panel en el caso de transporte terrestre transfronterizo.

La realidad es que México ha suscrito una gran cantidad de TLC o APPRI que incluyen la posibilidad de que el inversor pueda demandar al Estado ante un tribunal internacional. Descartando una denuncia masiva de los mismos, la cual no parece ni adecuada ni remotamente realista, se pueden considerar algunos puntos para futuras negociaciones (una moratoria en este sentido también parece muy poco viable) o para realizar ciertas modificaciones a los existentes. Un mejor sistema de adjudicación puede venir de un replanteamiento del sistema de exclusión del arbitraje respecto a los recursos ante tribunales locales. Si bien México ha incluido disposiciones bajo las cuales una opción cierra la puerta para continuar con la otra, este sistema puede plantear problemas. La continuación de la controversia ante tribunales nacionales, una vez concluido en el foro internacional, no es deseable, ya que debilita en gran medida el sistema arbitral en materia de inversiones. Por el contrario, la continuación del procedimiento nacional ante tribunales internacionales es la regla en el derecho internacional, derivado de la teoría del previo agotamiento de los recursos internos. Parece que a los negociadores mexicanos les parecía repugnante la idea de una revisión de las actuaciones de los tribunales internos por parte de un tribunal internacional. Llama la atención tal adver-

sidad, ya que eso es lo que hace el capítulo XIX del TLCAN y en otras áreas del sistema interamericano de protección internacional de derechos humanos. Debido a este anexo, la primera demanda en el caso *Waste Management c. México* fue desechada, debido a la falta de claridad en la renuncia a los recursos internos por parte del inversionista. La segunda demanda fue desechada también, después de varios años de arbitraje y con los consecuentes gastos (que por cierto tuvo que sufragar las dos partes, incluyendo a los contribuyentes mexicanos). Si *Waste Management* hubiera optado por recurrir a los tribunales y recursos administrativos internos, hubiera obtenido una resolución más rápida y menos gravosa. El requisito del previo agotamiento de los recursos internos ha sido vislumbrado por analistas como W. S. Dodge para evitar casos como *Waste Management*.⁷⁶

Es así como se puede probar que la regla del agotamiento previo de los recursos internos puede ser beneficiosa tanto para el Estado como para los inversionistas. Además, la ausencia de esta disposición parece obviar la realidad en la que los tribunales internacionales siempre son más inaccesibles debido a su jurisdicción más limitada y su carácter eminentemente complementario a los tribunales nacionales. También podría ser un incentivo para una reforma judicial profunda, lo cual tendría una repercusión social muy considerable. El incluir el requisito del previo agotamiento de los recursos internos en el arbitraje en materia de inversiones, paradójicamente sería más fácil para nuestro país si fuéramos parte del Convenio de Washington. Dentro del artículo 26 de dicho acuerdo se prevé esta alternativa. Una modificación a los acuerdos negociados bajo el esquema anterior, se antoja muy complicada.

Otra lección del arbitraje de inversiones para evitar reclamaciones frívolas es que los árbitros decidan sobre su jurisdicción en un laudo preliminar. Dicha cuestión puede ser extrapolada al ámbito del arbitraje comercial internacional para efectos de evitar una serie de gastos innecesarios, además de un alargamiento injustificado de la controversia. Si bien tanto el acta de emisión en el caso de arbitraje comercial internacional institucionalizado (en concreto CCI) como el registro por parte del secretario general del CIADI en arbitraje CIADI reducen considerablemente las reclamaciones frívolas, la práctica de decidir sobre la jurisdicción del tribunal

⁷⁶ Dodge, W. S., "Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries...", *cit.*, nota 74, pp. 29-37.

en el laudo final puede tener consecuencias muy perjudiciales para las partes. Debido a que la solución es procesal y se encuentra a entera disposición de los árbitros, más bien se debe complementar con un efectivo control de las listas de árbitros y posibles sanciones a aquellos que decidan su jurisdicción junto al fondo sin justificar plenamente tal decisión. El daño financiero ocasionado a las partes cuando se les embarca en un arbitraje cuando eminentemente se compruebe que el tribunal arbitral no tiene jurisdicción, debe ser garantizado. Concretamente en materia de inversiones, esta cuestión ha recibido respuesta en los TLCs entre Chile y Singapur, por un lado, y Estados Unidos, por el otro, en los que se establece que el tema de la jurisdicción debe ser tratado con antelación, y no se permite decidirlo junto al fondo.⁷⁷

2. *Creación de un órgano de apelación con miras a la interpretación uniforme en materia de inversión extranjera*

¿Ayudaría la creación de un órgano de apelación a armonizar las decisiones de los tribunales arbitrales en materia de inversión? Dicha idea se perfila como eco dentro del sistema de promoción y protección de inversiones al desempeño del órgano de apelación de la OMC. Para otros observadores, la creación del órgano de apelaciones en la OMC ayudó a sacar del monopolio burocrático y político de la secretaria del entonces GATT, la decisión final en materia de resolución de controversias.⁷⁸ Algunos analistas han sugerido que la creación de dicho órgano de apelación podría ser una realidad en un futuro no muy lejano. De hecho, dentro de las negociaciones del DR-CAFTA y en su propio texto se prevé esta posibilidad.⁷⁹

Una de las razones por las que dicha opción puede ser atractiva, por lo menos en el ámbito latinoamericano, es que algunos países, como México, Brasil y Cuba (además de Canadá en el ámbito panamericano) no son

⁷⁷ Gantz, David A., "The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*, vol. 19, núm. 4, 2004, pp. 758 y 759.

⁷⁸ Howse, Robert, "Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law...", *cit.*, nota 38, pp. 39 y 40.

⁷⁹ Gantz, David A., "An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39, núm. 1, 2006, pp. 39-76.

parte del CIADI.⁸⁰ Debido a tal realidad, el sistema de paneles de nulidad contemplado en el Convenio de Washington no se aplica para arbitrajes en los que dichos Estados o sus nacionales participan. Quizá ésta sea una de las razones de la reticencia de estos Estados a ratificar el Convenio de Washington, ya que una de las diferencias esenciales entre el sistema arbitral del CIADI y el de su mecanismo complementario o el arbitraje bajo otras reglas (como puede ser el CCI o la Uncitral) es que en el primero se recurre al sistema de paneles mencionado, y en la segunda opción conocen los tribunales nacionales.

Un caso ilustrativo de esta realidad es la relación de México con el arbitraje en materia de inversiones, y concretamente respecto a su experiencia con el capítulo XI del TLCAN. En dos casos México ha buscado la anulación ante tribunales nacionales, de laudos dictados por tribunales arbitrales en materia de inversión del TLCAN, con resultados contradictorios. El primer caso se presentó ante el juez Tysoe, de la Corte Suprema de Columbia Británica en *Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad*, con un resultado positivo para el Estado mexicano, al ser anulado parcialmente el laudo. Sin embargo, este resultado aparentemente favorable tuvo unos efectos reales bastante limitados, ya que sólo se redujo el monto de intereses establecidos por el tribunal arbitral. Un resultado bien distinto se dio dentro de la solicitud de anulación por el Estado mexicano ante los tribunales de Ontario en el caso *Estados Unidos Mexicanos c. Roy Feldman Karpa*. En este caso el tribunal de Ontario confirmó el laudo señalando un alto grado de deferencia hacia los laudos dictados por los tribunales arbitrales internacionales. No obstante estos criterios y los resultados aparentemente adversos para el Estado mexicano, no parece que los mismos arrinconen a México al ratificar la Convención de Washington, y por tanto aceptar el mecanismo de anulación del CIADI. Otra cuestión es si el Estado mexicano estaría interesado en otro sistema de apelaciones de distintas características, que podría abrir el marco a una verdadera apelación, y no solamente a un procedimiento de anulación.

Un modelo interesante, especialmente por su institucionalidad, es el Tribunal de Apelaciones Permanente del Mercosur en Asunción, estable-

⁸⁰ A esto hay que añadir el llamado en la reunión de Barquisimeto del presidente Evo Morales de Bolivia a que los Estados miembros de la Alternativa Bolivariana para la América (ALBA) denuncien el tratado de Washington que crea el CIADI. *Cfr. La Jornada*, México, 30 de abril de 2007, p. 30.

cido por el Protocolo de los Olivos.⁸¹ Además de los obvios beneficios, tales como la interpretación uniforme, consistencia en sus decisiones y la creación de una jurisprudencia estructurada (mismos que comparte con otros modelos, como el del panel de apelaciones de la OMC), el Tribunal de Apelaciones del Mercosur es interesante por su jurisdicción no contenciosa o consultiva. Dicha jurisdicción se asemeja a la existente en la Corte Internacional de Justicia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en su carácter no vinculante. En esto se diferencia de otras jurisdicciones, como la jurisdicción prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tales opiniones consultivas pueden ser una herramienta útil para evitar futuras controversias, sobre todo en el marco de consultas preliminares referentes a la compatibilidad de medidas nacionales de tipo legislativos o administrativos con el derecho mercosureño. Por otro lado, la creación de un tribunal permanente de apelación no sólo sería una alternativa al sistema de anulación del CIADI, sino también al uso y abuso de los tribunales nacionales en dicho recurso, esta última opción muy criticada, por restablecer la politización de la controversia en materia de inversiones.

Aun para los defensores de un sistema de anulación del CIADI, una de las ventajas que tienen los tribunales nacionales es que no son sufragados por las partes, y por tanto son de financiación pública.⁸² El hecho de que sean financiados con dinero público tiene serias implicaciones en cuanto a la responsabilidad de los servidores públicos y la transparencia y rendición de cuentas. Por tanto, un modelo de tribunal de apelaciones permanente financiado por los Estados parte podría combinar lo mejor de dos mundos: por un lado, una despolitización de la controversia, y por otro, un mayor control y responsabilidad del mismo frente a los contribuyentes de los Estados parte que lo financian. No obstante, dicho modelo se encontrará con un serio obstáculo de corte político, el muy conocido tabú del TLCAN hacia el establecimiento de una institución permanente o semipermanente con ciertos dejos de supranacionalidad.

⁸¹ Rey Caro, Ernesto J., “Reforzamiento institucional del Mercosur: el tribunal permanente de revisión”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2004, pp. 193-205; y Dreyzin de Klor, Adriana, “El Reglamento del Protocolo de los Olivos. Algunas anotaciones”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año II, núm. 3, 2005, pp. 69-105.

⁸² Coe, J. J. Jr., “Domestic Court Control of Investment Awards: Necessary Evil or Achilles Heel Within NAFTA and the Proposed FTAA?”, *Journal of International Arbitration*, 2002, pp. 188-191.

Si algo aporta la obra del doctor Rodolfo Cruz Miramontes es el conocer que tanto el arbitraje privado como el público pueden ser analizados con maestría, y que las lecciones de dichas áreas contribuyen a un mejor entendimiento de la disciplina. Por lo que se refiere al arbitraje en materia de inversiones, esta coexistencia es la disciplina en sí misma. En este sentido, es seguro que las futuras aportaciones de don Rodolfo seguirán en el rumbo de otros ilustres chihuahuenses que marcaron la doctrina jurídica internacionalista, como José Luis Siqueiros, Víctor Carlos García Moreno y Jorge Alberto Silva Silva.